



KELSEN Y SANTO TOMÁS SOBRE “LA DOCTRINA DE LA LEY NATURAL”*

Robert P. George¹

El cincuentenario de la publicación del influyente artículo de Hans Kelsen: “La Doctrina de la Ley Natural frente al Tribunal de la Ciencia”² da ocasión para revisar una obra en la que el principal teórico jurídico europeo del siglo veinte comentó y criticó con fuerza la tradición de la teoría de la ley natural. Los estudiosos contemporáneos continentales y del mundo anglosajón, sin duda examinarán el ensayo de Kelsen desde diferentes ángulos. En cualquier caso, lo que a mí me llama la atención es el hecho de que no haga ninguna referencia al pensamiento del más famoso e influyente de todos los teóricos de la ley natural, esto es, a Tomás de Aquino³. Kelsen se refiere con frecuencia a las

* Traducción de Caridad Velarde.

1. Es McCormick Professor de Jurisprudence en la Universidad de Princeton. El autor agradece la generosa ayuda de la Fundación Earhart.

2. Publicada originalmente en *The Western Political Quarterly*, en Diciembre de 1949. Reeditado en *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science: Collected Essays by Hans Kelsen* (Berkley y Los Angeles: University of California Press, 1957) 137-173. La versión castellana de esta obra, es *¿Qué es justicia?* ed. a cargo de A. Calsamiglia (Barcelona: Ariel 1982). (Esto último es N. del T.).

3. La tradición anglosajona habitualmente habla de Aquino ahí donde nosotros solemos decir Santo Tomás. En la traducción tenderemos a utilizar la segunda denominación. Lo mismo sucede con el término “tomista”, por el que se ha optado en lugar del anglosajón “Aquina’s”. (N. del T.).

obras de Grocio, Puffendorf, Hobbes, Kant, Hegel y a los clásicos griegos; pero deja en el olvido la teoría, o doctrina, de la ley natural de Santo Tomás, siendo así que, si a alguien puede ser atribuido algo denominado “doctrina de la ley natural”, con certeza es a él. Por tanto, propongo considerar a) hasta qué punto la exposición kelseniana de la “doctrina de la ley natural” contiene o describe también la tesis sobre la ley natural de Santo Tomás, y b) si la crítica de Kelsen a la ética y al derecho de la ley natural, supone también una crítica a las enseñanzas de Santo Tomás⁴.

LEY NATURAL, VERDAD MORAL Y RELIGIÓN

Comencemos considerando proposición a proposición el párrafo inicial del ensayo de Kelsen.

Primera proposición:

“La doctrina de la ley natural afirma proporcionar una solución para el eterno problema de la justicia; dar una respuesta a la pregunta de qué es correcto e incorrecto en las relaciones mutuas entre los hombres”⁵.

A Santo Tomás le preocupa lo “correcto y lo incorrecto” no sólo en “las relaciones mutuas entre los hombres”, sino en los asuntos humanos en general. Como es conocido, argumenta que todos los actos de virtud, y no sólo los que se ordenan al bien común en un sentido restringido, están sometidos a la ley natural⁶. Las cuestiones acerca de la justicia son, ciertamente,

4. En general, evitaré hacer referencia a la exactitud de la atribución realizada por Kelsen a otros teóricos de la ley natural, de las proposiciones que afirma que son constitutivas, o en algún sentido integrales, de la doctrina de la ley natural. Mi punto de vista es que, en este aspecto, el ensayo kelseniano es un cajón de sastre.

5. KELSEN, cit. 137.

6. *Summa Theologiae*, I-II, q. 94, a. 3.

centrales en su pensamiento, pero no son las únicas. Sus prescripciones se refieren a las conductas que podríamos llamar (aunque él no lo hizo) conductas "que afectan a uno mismo" tanto como a las "que afectan a otros"⁷. Los principios y las normas de ley natural, tal y como Santo Tomás los entiende, serían relevantes también para el hombre confinado de modo permanente en una isla. De todas formas, en honor a la verdad es justo decir que la proposición de Kelsen resulta verdadera, en los términos en que está redactada, al ser aplicada a la concepción de la "doctrina de la ley natural" de Santo Tomás.

Segunda proposición:

"Tal respuesta se basa en el presupuesto de que es posible distinguir entre aquel comportamiento humano que es natural, esto es, que corresponde a la naturaleza porque es una exigencia suya, y el comportamiento antinatural, esto es, contrario a la naturaleza y prohibido por ella"⁸.

En algunas ocasiones, Santo Tomás emplea los términos "natural" y "antinatural" en un sentido moralmente normativo. Pero, deja muy claro que la elección y la actuación humanas son "naturales" o "antinaturales" en ese sentido, precisamente en la medida en que sean razonables o no⁹. Otros teóricos de la ley natural han tratado de inferir la razonabilidad o irrazonabilidad de una elec-

7. Difícilmente puede hablarse de un olvido inconsciente de Santo Tomás: cfr. *Summa Theologiae* I-II, q. 91, a. 4, donde aparece esa distinción al sostener que sería imprudente que la ley humana prohibiera todo acto vicioso.

8. KELSEN, cit. 137.

9. Cfr. *Scriptum Super Libros Sententiarum Petri Lombardiensis*, IV, d. 2, q. I, a. 4, sol. 1 ad 2 ("los preceptos morales son conformes con la naturaleza humana porque son requerimientos de la razón natural"), y *Summa Theologiae* I-II, q. 71, a. 2c ("las virtudes... son conformes con la naturaleza humana en la medida en que están de acuerdo con la razón; los vicios son contrarios a la naturaleza humana en la medida en que son contrarios al orden de lo razonable").

ción o una acción a partir de un juicio sobre su conformidad o no con la naturaleza¹⁰. Y este intento es atribuido en ocasiones, aunque erróneamente, a Santo Tomás¹¹. Sin embargo, la verdad es que, para Santo Tomás, las cosas suceden precisamente al contrario: la razonabilidad o irrazonabilidad de una elección o de una acción es la que determina el juicio acerca de su conformidad o no con la naturaleza en cualquier sentido moralmente normativo¹².

Tercera proposición:

“Este presupuesto implica que es posible deducir a partir de la naturaleza, esto es, de la naturaleza del hombre, de la naturaleza de la sociedad, e incluso de la naturaleza de las cosas, ciertas reglas que proporcionan una normativa completamente adecuada al comportamiento humano; que a través de un examen detenido de los hechos de la naturaleza podemos encontrar la solución justa para el problema social”¹³.

Ciertamente, Santo Tomás no presupone tal cosa. En su famoso tratamiento de la cuestión acerca de si la ley natural contiene muchos preceptos o solamente uno, sostiene que los primeros principios de la razón práctica, que son los preceptos básicos de la ley natural, son evidentes de suyo (*per se nota*) e indemos-

10. Cfr., por ejemplo, Thomas J. HIGGINS, *Man as Man: The Science and Art of Ethics* (Milwaukee: Bruce Publishing Co., 1958), especialmente 49-69, 88-100, 120-126.

11. Id. Cfr. también Lloyd L. WEINREB, *Natural Law and Justice* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1987), 33: “la ley natural (de acuerdo con Aquino) nos conduce a cumplir nuestras inclinaciones naturales”.

12. Para una explicación detallada y ampliamente documentada de este punto crítico, cfr. J. FINNIS, *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press, 1998), 90-94.

13. KELSEN, cit. 137.

trables¹⁴. En cuanto que tales, no se deducen de juicios previos sobre la naturaleza, sea ésta la naturaleza humana, la de la sociedad, o cualquier otra¹⁵. Por el contrario, la razón práctica procede a partir de sus propios primeros principios. Para alcanzarlos no necesitamos la física, metafísica, antropología, sociología ni ninguna otra disciplina especulativa (o, por utilizar la expresión de Aristóteles, "teórica")¹⁶. Por supuesto, la información que estas disciplinas proporcionan, si se considera a la luz de los principios prácticos, puede ser altamente pertinente para la investigación moral¹⁷. Más aun, tal información, a menudo resulta indispensable para llegar a juicios correctos acerca de lo bueno y lo malo¹⁸. Pero, según Santo Tomás, los primeros principios de la razón práctica y los preceptos básicos de la ley natural no se "deducen de la naturaleza" (ni de ninguna otra cosa).

Cuarta proposición:

"La naturaleza se concibe como un legislador, como el supremo legislador"¹⁹.

No según Santo Tomás. Es cierto que él admite que los bienes humanos, y las normas de moralidad que dirigen la elección y la acción en relación con esos bienes (y con su privación), serían

14. *Summa Theologiae* I-II, q. 94, 1, 2. Acerca del (tantas veces malinterpretado) significado del "evidente de suyo" en la teoría ética tomista, cfr. Robert P. GEORGE, "Recent Criticism of Natural Law Theory", *University of Chicago Law Review*, vol. 55 (1988), 1371-1429, 1387-1389 y 1413.

15. Cfr. Germain GRISEZ, "The First Principle of Practical Reason: A Commentary on the *Summa Theologiae*, 1-2, Question 94, art. 2", *Natural Law Forum*, Vol. 10 (1965), 168-201.

16. Cfr. FINNIS, *Aquinas*, 90-94.

17. Cfr. GEORGE, "Recent Criticism of Natural Law Theory", 1412-1414.

18. Así, por ejemplo, el conocimiento de los datos de la embriogénesis humana y del desarrollo humano intrauterino resulta decisivo para una aplicación correcta de los principios morales a la cuestión del aborto.

19. KELSEN, cit. 137.

diferentes si la naturaleza humana fuera diferente; esto es, si lo que llenara a los seres humanos y les perfeccionara fueran actividades y bienes distintos de aquellos que de hecho nos llenan y perfeccionan²⁰. Y en este sentido la moralidad y su contenido dependen de la naturaleza (humana)²¹. Pero precisamente porque no deducimos (en realidad, no podemos hacerlo) el “deber” moral del “ser” natural (ni de ninguna otra cosa, incluyendo la voluntad divina)²², es un error, o al menos eso diría Santo Tomás, imaginar que podemos descubrir la verdad moral buscando en las intenciones y en los fines de la naturaleza, concebida como una forma de legislador.

Trasladándonos al segundo párrafo del ensayo de Kelsen, se hace más claro incluso, que su exposición de la “doctrina de la ley natural”, presenta diferencias importantes con respecto a las enseñanzas de Santo Tomás:

“Esta tesis presupone que los fenómenos naturales están dirigidos hacia un fin o hechos para un propósito; que los procesos naturales, o la naturaleza concebida como un todo están determinados por causas finales. Es una visión claramente teleológica y en cuanto que tal, no se diferencia de la idea de que la naturaleza está provista de voluntad y de inteligencia. Esto implica que la naturaleza es una forma de ser personal sobrehumano, una autoridad a la que el hombre debe obediencia”²³.

Cualesquiera que sean las tesis acerca de la causa final que Santo Tomás haya tomado de Aristóteles, ciertamente, rechazaría “la idea de que la naturaleza está provista de voluntad y de inteligencia”. La naturaleza no es para él “una forma de ser personal sobrehumano”. Tampoco constituye el fundamento de nues-

20. Cfr. John FINNIS, *Natural Law and Natural Rights* (Oxford: Clarendon Press, 1980), 34.

21. Cfr. Robert P. GEORGE, “Natural Law and Human Nature”, en Robert P. GEORGE (ed.) *Natural Law Theory: Contemporary Essays* (Oxford: Clarendon Press, 1992), 31-41.

22. Cfr. FINNIS, *Aquinas*, 90.

23. KELSEN, cit. 137.

tras obligaciones morales un deber de obediencia a la "voluntad" de la naturaleza, o de cualquier otra autoridad. A diferencia de muchos otros teóricos de la ley natural posteriores, Santo Tomás rechazó el voluntarismo que esta concepción de la obligación moral implica²⁴. La fuerza de los principios prácticos (incluidos los morales) según Santo Tomás, es *racional*: estos principios establecen *razones* para actuar o dejar de hacerlo: desafiarlos es incorrecto en la medida en que es irrazonable²⁵. Y en este sentido, la ley natural no es una imposición extrínseca de una voluntad ajena (sea la "voluntad" de la naturaleza o cualquier otra). Es, por el contrario, intrínseca a los seres humanos: sus referentes fundamentales son los bienes humanos que generan el bienestar y la satisfacción humanas y precisamente en cuanto que tales, son razones para la acción²⁶.

Avanzando más aún en el segundo párrafo de Kelsen, encontramos argumentos como los siguientes:

"En un grado superior de la evolución religiosa, cuando el animismo es reemplazado por el monoteísmo, la naturaleza se concibe como creada por Dios y en consecuencia, es considerada como revelación de su voluntad poderosa y justa. Si la doctrina de la ley natural es coherente, debe asumir un carácter religioso. Puede deducir, a partir de la naturaleza, las reglas justas del comportamiento humano sólo porque, y en tanto que, la naturaleza se concibe como revelación de la voluntad divina, de modo que examinar la naturaleza supone investigar la voluntad de Dios. En realidad, no hay doctrina de ley natural de importancia que no haya tenido un carácter en mayor o en menor medida religioso"²⁷.

24. Acerca del impacto del voluntarismo en la teología moral cristiana después de Aquino, cfr. Germain GRISEZ, *The Way of the Lord Jesus, vol. I: Christian Moral Principles* (Chicago: Franciscan Herald Press, 1983), 12-13. En la misma obra, GRISEZ aporta una poderosa crítica del voluntarismo, así como una defensa de la auténtica propuesta alternativa tomista de la obligación moral como una forma de necesidad racional; cfr. especialmente 103-105. Cfr. también FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 42-48 y 337-343.

25. Cfr. FINNIS, *Aquinas*, 79-86.

26. Id.

27. KELSEN, "The Natural Law Doctrine", p. 138.

Según Santo Tomás, la ley natural es una “participación de la ley eterna en la criatura racional”²⁸. Y la “ley eterna” es el acto supremo de razón (práctica) a través de la cual un Creador omnipotente y omnibenevolente ordena libremente el conjunto de su creación²⁹. De ese modo, la ley natural es una parte del plan racional por el cual Dios providencialmente gobierna el orden creado³⁰. En este sentido, en la doctrina de la ley natural de Santo Tomás, se puede reconocer un “carácter religioso”. En cualquier caso, tal carácter religioso, no tiene nada que ver con una supuesta deducción a partir de la naturaleza, concebida como reveladora de la voluntad de Dios (o de cualquier otra persona o cosa), ni de normas morales u otras “reglas de comportamiento humano”. La naturaleza (o la naturaleza humana) no significa, según Santo Tomás, la voluntad de Dios acerca del comportamiento humano³¹.

Merece la pena detenerse aquí para observar que, tampoco la ley natural, en cuanto que participación de la ley eterna en la criatura racional, es incompatible con la libertad humana. Que la elección y la acción humanas dependan del poder divino y de la causalidad no vicia la capacidad del hombre de libre elección creadora. Más aún, Santo Tomás interpreta la enseñanza bíblica de que el hombre es *imago dei*³² precisamente en el sentido de

28. *Summa Theologiae*, I-II, q. 91, a. 2.

29. *Summa Theologiae*, I-II, q. 91, a. 1.

30. FINNIS resume la enseñanza de Aquino sobre la “ley eterna” como sigue: “Dios dibuja y libremente elige el orden completo de las cosas, prescribiendo (por así decir) ese orden al imprimir sus principios (las ‘leyes de la física’ o las ‘leyes de la lógica’ etc) en los diversos órdenes de seres y procesos creados. Y este acto redundo en beneficio del todo (y por tanto de las partes). En consecuencia, podemos hablar de este acto supremo de gobierno como legislativo y de su contenido racional como de una ley que, como su autor, es eterna (aunque su contenido sea elegido libremente, no necesario, y afecte a criaturas que se encuentran en el tiempo)”, *Aquinas*, 307 (se omiten las notas).

31. Id. 309.

32. *Génesis*, 1, 27.

que los seres humanos están dotados de atributos (racionalidad práctica y libertad) análogos a los divinos.

"Se dice del hombre que ha sido hecho a imagen de Dios en la medida en que la imagen implica un ser inteligente, dotado de voluntad libre y de autonomía: una vez visto el original, esto es, Dios, y aquellas cosas que proceden del poder de Dios de acuerdo con su voluntad, debemos ocuparnos de su imagen, esto es, del hombre, ya que él es también el principio de sus acciones, al tener voluntad libre y control de sus actos"³³.

Esto es, que si bien Dios encamina a los animales irracionales a sus propios fines a través del instinto o del "apetito natural", a los seres humanos los dirige a través del poder (similar al divino) de la razón práctica: el poder de conocer lo que es humanamente bueno y malo (incluyendo lo moral) y de elegir libremente actuar a la luz que esa razón natural procura³⁴.

Según Santo Tomás, la totalidad del orden creado está dotada de sentido y de valor en la medida en que es producto de la acción libre e inteligente de Dios. Al mismo tiempo, parte (si no todo) del orden creado tiene también significado y valor en virtud de la contribución de la libertad y la razón humanas (capacidades humanas que están a su vez, en cuanto que parte del orden creado, dotadas de sentido y de valor, en virtud de la sabiduría y libre elección divinas)³⁵. Esta parte del orden creado está gobernada por los principios de ley natural por los que las criaturas libres e inteligentes ordenan sus vidas según las directrices de la razón

33. *Summa Theologiae*, I-II, Prólogo.

34. *Summa Theologiae*, I-II, q. 91, a. 2.

35. Estos puntos se encuentran desarrollados en GEORGE, "Recent Criticism of Natural Law Theory", 1384-1385. Por desgracia, una línea esencial fue omitida en la impresión de la versión de este ensayo que apareció en *University of Chicago Law Review*. Sería mejor, por tanto, consultarlo en la versión revisada que aparece como Capítulo segundo de Robert P. GEORGE, *In Defense of Natural Law*, (Oxford: Clarendon Press, 1999), sec. C.

práctica. Precisamente en este sentido, la ley natural es “una participación de la ley eterna en la criatura racional”.

¿Presupone la teoría de la ley natural de Santo Tomás premisas religiosas? ¿Puede sólo ser aceptada por aquellos que presuponen la existencia de Dios y que creen que Él ha revelado parte de su voluntad sobre los hombres? Lo ya dicho basta para indicar que la respuesta a esta pregunta debe ser “no”. Al mismo tiempo, no debe inferirse del hecho de que los principios de ley natural, según la postura de Santo Tomás, puedan ser comprendidos y pueda actuarse conforme a ellos sin apelar a premisas religiosas, que Dios no exista o que la existencia de Dios resulte simplemente irrelevante para la teoría de la ley natural.

“Del mismo modo que puede lograrse una buena explicación del movimiento molecular, sin advertir de la existencia de un creador increado de todo el conjunto en el cual se obtienen las moléculas y las leyes de su movimiento, de aquí no se deduce a) que no se requiera una explicación ulterior de todo ese conjunto, o b) que no sea posible tal explicación, o c) que la existencia de un creador increado no constituya esa explicación; de modo que tampoco el hecho de que la ley natural pueda ser comprendida, asentada, aplicada y analizada reflexivamente sin referencia a la cuestión de la existencia de Dios, implica a) que no se requiera una explicación ulterior del hecho de que haya parámetros objetivos de lo bueno y lo malo, así como principios de razonabilidad (correcto o incorrecto), o b) que no sea posible tal explicación, o c) que la existencia de Dios no constituya esa explicación”³⁶.

Vayamos ahora, del párrafo inicial de Kelsen, a su crítica de la “doctrina de la ley natural”. Su objeción principal a la teoría de la ley natural es que “destruye la diferencia esencial que existe entre las leyes científicas de la naturaleza, las reglas con las que la ciencia de la naturaleza describe su objeto y las reglas con las que la ética y la jurisprudencia describen sus objetos, que son la moral y el derecho”³⁷. Esta objeción se apoya en la proposición según la

36. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 49.

37. KELSEN, “The Natural Law Doctrine”, 139.

cual "no se sigue del hecho de que algo sea, que debiera ser o que debiera ser hecho, o que debiera no ser o debiera no ser hecho... no existe una inferencia lógica del "ser" al "deber ser", de la realidad natural al valor moral o legal"³⁸.

Es verdad que ciertos teóricos de la ley natural (incluyendo algunos que se consideran discípulos de Santo Tomás) han propuesto derivar el "deber ser" moral del "ser" de la naturaleza (humana)³⁹. Pero es igualmente cierto que Santo Tomás no está entre ellos, lo mismo que tampoco lo están sus principales seguidores contemporáneos⁴⁰. Aunque el descubrimiento de la falacia lógica que supone cualquier intento de realizar esa derivación es ampliamente atribuido a Hume⁴¹, Santo Tomás, entre otros autores premodernos, era absolutamente consciente de la falacia y se mostró más escrupuloso que el mismo Hume en evitarla⁴². Aceptando la distinción aristotélica entre razonamiento teórico (o especulativo) y práctico, Santo Tomás insistió, como hemos visto, en que el razonamiento práctico opera a partir de sus propios primeros principios. No trató los principios prácticos como principios teó-

38. Id. 140.

39. Los orígenes de esta forma de entender la teoría de la ley natural no están en Aquino, sino más bien en escritos posteriores tales como los del jesuita español Francisco SUÁREZ. Ver especialmente su *De Legibus ac de Deo Legislatore* (1612), Libro I, c. 5 y Libro II, c. 6. Una aproximación útil a la influencia de Suárez, así como una valiosa crítica de su modo de entender la teoría de la ley natural, en FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 43-47, 54-57, 337-343 y 347-350.

40. Germain GRISEZ y John FINNIS por ejemplo, entre otros eminentes filósofos morales y teólogos contemporáneos que trabajan en la tradición tomista, rechazan expresamente como lógicamente ilícita cualquier propuesta que derive el "deber ser" a partir del "ser". Ver GRISEZ, *The Way of the Lord Jesus. Vol. I: Christian Moral Principles*, 105; y FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 33-36.

41. Acerca de la formulación de la falacia lógica que habitualmente se atribuye a HUME cfr., *A Treatise of Human Nature* (1740), Libro III, part I, sec 1.

42. Acerca de la falta de cuidado de Hume en este sentido ver FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 37-38, n. 43.

ricos que reciben su fuerza normativa de un acto de la voluntad. No trató el conocimiento teórico de la naturaleza humana como premisa suficiente para el conocimiento práctico; tampoco para el moral⁴³. No dió por hecho que, una vez identificados los “hechos” relativos a la naturaleza humana a través de una investigación no-práctica, pudieran a continuación deducirse de ellos las obligaciones éticas aplicando como criterio “sigue la naturaleza”⁴⁴.

Hume y sus seguidores, quizá incluyendo a Kelsen⁴⁵, suponen que si los “valores” no se pueden derivar de los “hechos” entonces no pueden ser objetivos (o “verdaderos”), sino que más bien deben ser meras proyecciones de sentimientos, emoción u otros factores subracionales capaces de motivar el comportamiento humano. Niegan que la razón práctica, en cuanto que tal, pueda motivar a las personas. Por tanto concluyen que, a menos que los teóricos de la ley natural incurran en “la falacia natu-

43. Más aún, lo cierto sería casi lo contrario. Una descripción teórica completa de la naturaleza humana presupone un conocimiento práctico (un conjunto de “juicios de valor”) que proporciona datos para la investigación, comprensión y juicio teóricos. Santo Tomás se adhiere al principio metodológico (y epistemológico) aristotélico según el cual llegamos a conocer la naturaleza humana conociendo sus potencialidades; éstas son conocidas al conocer los actos humanos; y éstos a través del conocimiento de sus objetos, así, los bienes no meramente instrumentales a los cuales los primeros principios de la razón práctica (evidentes e indemostrables) encaminan la elección y acción humanas. Cfr. FINNIS, *Aquinas*, 90-91.

44. Todo esto queda suficientemente claro en Germain GRISEZ “The First Principle of Practical Reason: A Commentary on the *Summa Theologiae*, 1-2, Question 94, art. 2.” Este no superado estudio textual, corrige algunos de los mal entendidos más comunes acerca de la teoría de la ley natural de Aquino, incluida la idea de que la teoría ética tomista implica deducir el “deber ser” moral del “ser” de la naturaleza (humana). Ver también el tratamiento posterior de GRISEZ de esta materia en *The Way of the Lord Jesus. Vol. I: Christian Moral Principles*, 103-105 y 112 “Santo Tomás tuvo buen cuidado de explicar que las conclusiones prácticas siempre deben ser resueltas en principios prácticos que son distintos e irreducibles a los teóricos”.

45. Cfr. “The Natural Law Doctrine”, 141.

ralista" de derivar el "deber ser" a partir del "ser", su doctrina cae en una forma de no-cognitivism ético⁴⁶. Pero esto sólo obliga a ver la cuestión tal y como es tratada por los tomistas y por aquellos que afirman que podemos entender y por tanto ser motivados a actuar por razones que siendo prácticas no son meramente instrumentales⁴⁷. No sirve para explicar la experiencia de la mayor parte de la gente que, al fin y al cabo, supone que lo que le mueve a actuar (o a evitar actuaciones que hubiera podido realizar) no es un simple deseo sino, más bien, la percepción del valor de la acción y, en consecuencia, la importancia práctica de realizarla o evitarla⁴⁸. Pero además, da argumentos al contrario al mostrar que cualquier defensa del escepticismo moral humeano (lo mismo que otras formas de no cognitivism) que verdaderamente se pregunte por el conocimiento, se refuta a sí misma en la medida en que contradice en la práctica los postulados que afirma defender en teoría⁴⁹.

El postulado kelseniano de que "desde el punto de vista de la ciencia la doctrina de la ley natural se basa en la falacia lógica de una inferencia del 'deber' a partir del 'ser'"⁵⁰ carece de fuerza, al menos frente a la doctrina de la ley natural tal y como es entendida por Santo Tomás. Porque la teoría de la ley natural no propone tal inferencia. Cuando Kelsen afirma que "las normas que, según se alega, se deducen de la naturaleza son (en realidad) presupuestos tácitamente admitidos, que se basan en valores

46. Cfr. Jeffrey GOLDSWORTHY, "Fact and Value in the New Natural Law Theory", *American Journal of Jurisprudence*, Vol. 41 (1996), 21-46.

47. Cfr. Robert P. GEORGE, "A Defense of the Natural Law Theory", *American Journal of Jurisprudence*, Vol. 41 (1996), 47-61. Una versión revisada de este ensayo, libre de los múltiples errores de impresión que hacían difícil para el lector comprender el sentido de bastantes frases en la versión original, constituye el capítulo primero de GEORGE, *In Defense of Natural Law*.

48. Id.

49. Cfr. FINNIS, *Aquinas*, 58-61.

50. KELSEN, "The Natural Law Doctrine", 141.

subjetivos, aunque sean presentados como las intenciones de la naturaleza en tanto que legislador”⁵¹, de nuevo su crítica no es aplicable a Santo Tomás. En realidad, la misma crítica parece presuponer tácitamente la idea humeana de que todos los valores son subjetivos, esto es, que las personas no pueden ser conscientes ni actuar más que por razones puramente instrumentales en cuanto que tales, lo que sí se encuentra en abierta contradicción con Santo Tomás. Pero en la medida en que la tesis de Hume no es en absoluto evidente (en realidad es, cuanto menos, muy problemática) el uso que hace Kelsen de esa idea en su crítica de la “doctrina de la ley natural” no debe inquietar a nadie que quiera defender a Santo Tomás o a su doctrina de la ley natural. Si se va a utilizar frente a Santo Tomás y sus seguidores actuales, entonces, quienes la propongan deben, entre otras cosas, aportar una explicación plausible de la común experiencia moral con la que resulta aparentemente incompatible así como resolver las contradicciones si desean ofrecer una defensa algo seria al argumento.

LEY NATURAL Y LEY POSITIVA

En la segunda sección de su ensayo, Kelsen se centra en la doctrina iusnaturalista de la relación entre ley natural y positiva. En este punto, su postulado central contra esa doctrina es que considera “superflua” la ley positiva⁵².

“Ante la existencia de una ordenación justa de la sociedad, inteligible en la naturaleza, la actividad del legislador positivo es tanto como el vano esfuerzo de añadir iluminación artificial a la brillante luz del sol”⁵³.

51. Id.

52. Id., 142.

53. Id.

E insiste:

"Ninguno de los seguidores de su doctrina tuvo el coraje de ser coherente. Ninguno de ellos ha declarado que la existencia de la ley natural hace superfluo el establecimiento de leyes positivas. Al contrario. Todos insisten en la necesidad de la ley positiva. De hecho, una de las funciones esenciales de todas las doctrinas de la ley natural es justificar el establecimiento de la ley positiva o la existencia del Estado competente para establecerla. Al llevar a cabo esta función, la mayor parte de las doctrinas se contradicen de una forma muy característica. Por una parte, mantienen que la naturaleza humana es la fuente de la ley natural, lo que implica que debe ser básicamente buena. Por otra, sólo pueden justificar la necesidad de la ley positiva, con su maquinaria coercitiva, como una consecuencia de la maldad humana"⁵⁴.

Aquí, según creo, Kelsen presenta un argumento extraordinariamente pobre (o confunde dos argumentos). No se dirige contra ningún teórico de la ley natural históricamente importante y ciertamente, no siembra dudas en la teoría de Santo Tomás. Ya hemos visto que la particular presentación que hace Kelsen de la naturaleza humana como "fuente de la ley natural" en las doctrinas iusnaturalistas, no es de aplicación a las enseñanzas de Santo Tomás. Una vez más, aunque es verdad que, para Santo Tomás, los bienes humanos son los que son porque la naturaleza humana es como es, de ningún modo propone deducir el conocimiento de los bienes humanos (conocimiento práctico) a partir de un conocimiento de la naturaleza humana que sería metodológicamente anterior (teórico). Los primeros principios de la razón práctica y los preceptos básicos de la ley natural que orientan elección y acción en función de bienes como el conocimiento, la amistad y otras razones no instrumentales, lejos de inferirse de premisas antropológicas, históricas, metafísicas, teológicas o cualesquiera otras de orden teórico, se alcanzan a través de actos de conocimiento por los cuales "el intelecto práctico" (la inteligencia singular, dirigida a responder a la cuestión de qué debe

54. Id. (Las notas se han omitido).

ser elegido y hecho) encuentra la razón de una posible acción en que posibilita un beneficio para el hombre, esto es, algo (por ejemplo, conocimiento, amistad) humanamente satisfactorio y, en cuanto que tal, valioso en sí mismo⁵⁵.

Ahora bien, el hecho de que haya bienes humanos que, en cuanto que tales, aportan razones para actuar, no implica que no haya males; por el contrario, la privación de bienes humanos (por ejemplo, la ignorancia, confusión, incomprensión, animosidad) constituyen males que aportan razones (que pueden ser definitivas o no, dependiendo del caso) para que las personas traten en lo posible de evitarlos⁵⁶. Tampoco la habilidad de los seres humanos para entender como satisfactorios, y por tanto, buenos, determinados fines o propósitos, implica que no puedan elegir caminos incompatibles con la orientación integral hacia los bienes humanos, esto es, inmorales. Más aún, se puede, en orden a la obtención de un determinado bien o a la actualización de bienes en determinadas personas, elegir de forma que de modo poco razonable dañe o malbarate otros bienes o trate injustamente otras personas⁵⁷. Cualquier elección de ese tipo sería poco razonable en la medida en que la razón que la asiste pudiera ser refutada por una razón concluyente (moral) contraria. Pero una razón refutada sigue siendo una razón (las elecciones poco razonables no necesariamente son irracionales de modo absoluto) salvo que el agente se dé cuenta, al menos a cierto nivel, de que sus

55. Cfr. *Summa Theologiae*, I-II, q. 94, a. 2.

56. Id. donde Aquino formula el primer y más general principio de la razón práctica como “el bien debe ser hecho y perseguido y *el mal evitado*” (la cursiva es del autor). Para la correcta interpretación de este principio, y especialmente del significado de “bien” y “mal” incluyendo lo que es valioso y la privación de lo valioso en general y no (solamente) lo que es moralmente correcto o incorrecto, cfr. GRISEZ, “The First Principle of Practical Reason: A Commentary on the *Summa Theologiae*, 1-2, Question 94, Art. 2”.

57. Cfr. Germain GRISEZ, Joseph BOYLE y John FINNIS, “Practical Principles, Moral Truth and Ultimate Ends”, *American Journal of Jurisprudence*, vol. 32 (1987), 99-151, en las páginas 123-125.

motivos son meramente emocionales y entran en colisión con razones⁵⁸.

No es necesario presuponer que las personas son intrínsecamente "malas" para reconocer la evidencia de que las emociones humanas, si se integran de forma inadecuada en la personalidad, pueden ser motivo para que las personas lleven a cabo actos inmorales. Eso no significa que las emociones en sí mismas sean intrínsecamente malas o que debieran ser eliminadas de algún modo (más aún, en toda personalidad correctamente integrada las emociones son el soporte de la elección moralmente recta). Lo dicho sólo quiere poner de manifiesto que las personas pueden tener motivos emocionales para actuar de forma contraria a la orientación integral dada por los bienes humanos (algunas veces por la persecución de bienes genuinamente humanos aunque parciales, a los que se encuentra profundamente vinculado o atado)⁵⁹. Y este hecho relativo a los seres humanos es, en parte, lo que exige y justifica "el establecimiento de la ley positiva" y "la competencia del Estado para establecer esa ley"⁶⁰.

Al mismo tiempo, es importante ver que, según la concepción tomista en esta materia, la ley positiva sería necesaria incluso en una sociedad humana en la que pudiera contarse con que las personas actuaran de modo moralmente correcto. Esto se debe a que cualquier sociedad (incluso una "sociedad de santos") necesita leyes y un sistema para construirlas, para establecer prescripciones que coordinen las acciones en función del bien común⁶¹.

58. Id.

59. Id.

60. Esta es sencillamente la visión de Santo Tomás tal y como la establece en la *Summa Theologiae*, I-II, q. 95, a.1 refiriéndose a la cuestión "¿Fue útil para las leyes ser trazadas por los hombres?"; cfr. también *Summa Theologiae*, I-II, q. 96, a. 5.

61. Cfr. la explicación que da FINNIS de la postura de Santo Tomás en *Natural Law and Natural Rights*, 28, y *Aquinas*, 35-37. Coherentemente con la teoría legal de Santo Tomás (y con el pensamiento aristotélico, cfr. *Ética a Nicómaco*, V, 7), la jurisprudencia analítica contemporánea ha puesto énfasis

Por supuesto, en una sociedad como esa serían innecesarias leyes contra el asesinato, la violación, el robo y otros actos moralmente incorrectos y no habría lugar a castigos ni a otras dimensiones coactivas de los sistemas legales de la vida real ya que, *ex hypothesi*, nadie dejaría de someterse voluntariamente a las normas legales justas y dotadas de autoridad. Pero sí serían pertinentes la gran mayoría de las leyes por las que las personas ven gobernadas sus vidas diarias como ciudadanos (particularmente en las complejas sociedades modernas).

Así, Santo Tomás sostiene que la ley positiva es necesaria en primer lugar porque los seres humanos que actúan, algunas veces necesitan el miedo al castigo para desistir de hacer lo que la ley natural ya prohíbe (o para requerirles a actuar conforme a lo que prescribe) como una cuestión de justicia básica, pero también porque las prescripciones de la autoridad son, con frecuencia, necesarias para coordinar la acción en orden al bien común⁶². Y va más allá al afirmar que todas las leyes positivas justas (incluyendo las que son puramente normas de coordinación) se derivan, en algún sentido, de la ley natural⁶³. La misión del legislador, sugiere, es hacer efectivos los principios relevantes de la ley natural en forma de principios y normas de ley positiva para el gobierno de la sociedad humana.

Esta tarea de dar efectividad a los principios de la ley natural se lleva a cabo a través de dos vías diferentes, dos formas de

y valorado la importancia de la ley para aportar soluciones de autoridad y en consecuencia compulsivas a los problemas de coordinación del comportamiento humano en función del bien común. Cfr. especialmente Edna ULLMAN-MARGALIT, *The Emergence of Norms* (Oxford: Clarendon Press, 1977). Un resumen de parte importante del trabajo contemporáneo en este punto, con especial atención a la cuestión de una obligación moral *prima facie* de obedecer la ley, en John FINNIS, "Law as Co-ordination", *Ratio Juris*, vol. 2 (1989), 97-104.

62. *Summa Theologiae*, I-II, q. 96, a. 4; FINNIS, *Aquinas*, pp. 248, n. 148, y 265 n. 66.

63. *Summa Theologiae*, I-II, q. 95, a.2.

“derivación”. Algunas leyes, como por ejemplo las que prohíben el asesinato, violación, robo y otras injusticias graves que son directamente contrarias a la ley natural, se derivan de ésta por un proceso similar a la deducción de conclusiones demostrables a partir de premisas generales en las ciencias⁶⁴. Otras leyes positivas, én cambio, no pueden ser derivadas a partir de la ley natural de un modo tan directo y claro. Allí donde se requiere ley para resolver un problema de coordinación, a menudo sucede que aparecen como razonables un gran número de posibles soluciones, todas ellas con incommensurables ventajas y desventajas ciertas. Pero es preciso que el legislador empeñe su autoridad en una solución si se quiere resolver el problema. Considérese, por ejemplo, la regulación del tráfico en autopista. A partir del principio básico de la ley natural según el cual la salud y la seguridad humanas son bienes que han de ser protegidos, unido al hecho de que la conducción no regulada, incluso la de los conductores bien intencionados, coloca estos bienes humanos en una situación peligrosa, de aquí se sigue que es necesario para el bien común un esquema de regulación (coordinación). Pero hay varios esquemas posibles, todos ellos razonables e incompatibles entre sí. En razón del bien común, la autoridad a la que competa crear la ley debe determinar a cual de esos modos posibles se le dará fuerza de ley. En la selección de ese esquema, los legisladores no actúan según un proceso análogo a la deducción de conclusiones demostrables a partir de premisas, sino, más bien, a través de un proceso de elección entre opciones razonables, si bien incompatibles; un proceso al que Santo Tomás se refiere como *determinatio*⁶⁵.

64. Id.

65. Cfr. id. Sobre la teoría de la *determinatio* de Santo Tomás ver Robert P. GEORGE, “Natural Law and Positive Law”, Robert P. GEORGE (ed.), *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism* (Oxford: Clarendon Press, 1996), 321-330, en las pp. 327-330; y FINNIS, *Natural Law and Natural Rights* 281-290 y 294-296; y Aquinas, 266-272.

Las leyes que llegan a serlo a través de un proceso de *determinatio*, según Santo Tomás, reciben su fuerza de obligar “no solamente de la razón”, sino también de que “han sido puestas” por una autoridad con capacidad creadora de leyes⁶⁶. Aunque este es el motivo de que, si la ley no hubiera sido promulgada, nadie se encontraría bajo la obligación moral de comportarse conforme a ella y, a pesar de que el legislador hubiera podido establecer, de modo compatible con los requerimientos de la ley natural, unos contenidos diferentes, “su obligatoriedad deriva, no sólo del hecho de su creación por alguna fuente de derecho reconocida (legislación, decisión judicial, costumbre, etc.), sino también de su conexión racional con algún principio o precepto moral”⁶⁷.

De este modo, resulta absolutamente claro que la existencia de la ley natural, tal y como la concibe Santo Tomás, no deja ociosa a la ley positiva. Por el contrario, muy razonablemente, Santo Tomás ve que la ley positiva y las instituciones del gobierno que disfrutan del poder de hacer leyes son indispensables para el bien común de cualquier sociedad, incluso de una hipotética sociedad de santos. Constituyen en sí mismas requisitos de la ley natural⁶⁸. Aunque la fuerza de obligar de la ley positiva (justa) depende siempre en parte de su derivación a partir de principios de ley natural, según Santo Tomás, la ley positiva no es mera emanación o simple reflejo de esos principios. Más aún, en la medida en que la ley humana es una cuestión de *determinatio*, los legisladores cuentan con un margen racional de libertad de creación que el mismo Santo Tomás compara a la que el “artesano (nosotros diríamos arquitecto) necesita para concretar la forma general de

66. Cfr. *Summa Theologiae*, I-II, q. 104, a.1.

67. FINNIS, *Aquinas*, 267 (se omite la nota).

68. He tenido ocasión en otro lugar de explicar este punto como sigue: “Es significativo y correcto decir que el legislador (incluido el juez, en cuanto que en su jurisdicción ejerce algún poder creador de derecho) hace efectiva la ley natural para su comunidad derivando la ley positiva a partir de la ley natural”.

vivienda en un plano"⁶⁹. Si bien la estructura puede adoptar un gran número de formas posibles, compatibles con la finalidad que está llamada a servir, esa libertad de ningún modo implica una independencia total de la ley positiva con respecto a la ley natural (igual que la libertad creadora del arquitecto no supone su completa independencia con respecto a los principios generales de la arquitectura, que deben ser observados si se desea que una casa sea estructuralmente correcta y por tanto adecuada para ser habitada; ni con respecto a los términos del acuerdo previo). Pero también señala las razones de principio en que Santo Tomás se basa para rechazar totalmente (como lo hace) la afirmación que Kelsen atribuye a la "doctrina de la ley natural" según la cual, la existencia de la ley natural hace la ley positiva supérflua.

LEY NATURAL, LEY INJUSTA Y RESISTENCIA A LA TIRANÍA

La tercera sección de "La Doctrina de la Ley Natural"⁷⁰ introduce la versión kelseniana de una crítica habitual a la teoría de la ley natural, concretamente, la acusación de que mezcla las

69. *Summa Theologiae*, I-II, q. 95, a. 2. Cfr. también FINNIS, *Aquinas*, 309, n. 69, citando la *Summa contra Gentiles* III, 97. La misma ley natural requiere que se realice tal derivación y que alguien (o un grupo o institución) esté autorizado para realizarla. Robert P. GEORGE, "Natural Law and Positive Law", 329-330.

70. Las secciones que restan (cuatro de seis) del ensayo de Kelsen se centran principalmente en problemas de poder estatal y propiedad privada. Le preocupa particularmente el pensamiento post-grociano, especialmente el de Locke, Comte, Spencer, Hegel y Marx. Afirma que "los más importantes representantes de la ley natural, de Grocio a Kant han hecho todo lo posible para probar que la propiedad privada es un derecho sagrado conferido por la naturaleza al hombre" (p. 153). Algunos de los temas que analiza podrían ser estudiados con fruto a la luz de las enseñanzas de Aquino; yo no seguiré esa línea en este ensayo. Para una exposición inteligente de la doctrina tomista de la ley natural ver Joseph M. BOYE, Jr., "Natural Law, Ownership, and the World's Resources", *Journal of Value Inquiry*, vol. 23 (1989), 191-207.

categorías de “moral” y “legal” de tal modo que, o bien a) todas las leyes positivas son moralmente buenas, o b) las leyes moralmente malas no son auténticas leyes en sentido estricto. La sección comienza con la siguiente diatriba contra los teóricos de la ley natural:

“Si la ley positiva es, como afirman los seguidores de la doctrina de la ley natural, válida sólo en tanto que se corresponde con la ley natural, cualquier norma creada por costumbre o establecida por un legislador humano que sea contraria a la ley de la naturaleza debe ser considerada nula y vacía. Esto es consecuencia inevitable de toda teoría que entienda la ley positiva como un sistema normativo inferior a la ley natural. El reconocimiento por parte del autor de esta consecuencia constituye una prueba de su sinceridad. Muy pocos pasan esa prueba”⁷¹.

Aquellos que no pasan la prueba (la gran mayoría) se adscriben inexorablemente (sugiere Kelsen) a la tesis opuesta, esto es afirman que “el conflicto entre ley positiva y ley natural, aunque es teóricamente posible, en la práctica no se da”⁷². Aún más, Kelsen llega al extremo de alegar que la “doctrina de la ley natural no tiene otra función que justificar la ley positiva (cualquier ley positiva establecida por un gobierno concreto)”⁷³. Así, en efecto, la teoría de la ley natural, que comienza ofreciendo *teóricamente* la posibilidad de una crítica moral radical de los regímenes legales y gubernamentales positivos, termina funcionando en la práctica como una apologética ideológica para regímenes ya existentes, del tipo que sean.

Kelsen aquí está pensando principalmente en Hobbes y Pufendorf, quienes, afirma, a pesar de sus diferencias en otras cuestiones importantes, y no obstante la crítica de Pufendorf a la directa identificación hobbesiana de la ley positiva con la natural, mantienen en común la tesis de que la ley natural debe servir, en

71. KELSEN, “The Natural Law Doctrine”, 144.

72. Id. 145.

73. Id.

último término, para justificar virtualmente cualquier régimen de ley positiva existente. Kelsen añade que "hay un principio invocado por *todos* los principales representantes de la doctrina de la ley natural, según el cual, un conflicto entre lo natural y lo positivo (de admitirse como posible) carece de cualquier efecto que pudiera resultar peligroso para la autoridad legal establecida: es el dogma de que bajo la ley de la naturaleza no hay derecho de resistencia, o de haberlo, sólo se da de un modo restringido"⁷⁴. ¿Puede atribuírsele con justicia a Santo Tomás tal visión "conservadora"?

Una crítica común a Santo Tomás es que su clara adopción del postulado agustiniano de que "una ley injusta parece no ser una ley"⁷⁵ le hace culpable de confundir las categorías de "legal" y "moral" de tal modo que resulta analíticamente imposible que la ley positiva y la natural entren en conflicto⁷⁶. (Por supuesto, Kelsen no analiza el tratamiento tomista de la relación entre la ley natural y la positiva en el ensayo que aquí estamos estudiando; no podría negar plausiblemente que el análisis de Santo Tomás choca frente a lo que él denomina "la afirmación de *todos* los seguidores de la doctrina de la ley natural". Ya hemos visto que la postura de Santo Tomás acerca de la derivación de la ley positiva a partir de la ley natural es compleja y, en algunos aspectos, muy sutil. Pueden observarse todavía más complejidades y sutilezas si se considera el contexto en el que Santo Tomás hace suyo el postulado agustiniano. Así se hace patente a cada paso que la concepción que Santo Tomás tiene de la "ley" y de la "legalidad" es tan rica y llena de matices como las con-

74. Id. 148 (el énfasis es del autor).

75. *Summa Theologiae*, I-II, q. 96, a. 4, citando AGUSTIN, *De Libero Arbitrio*, I, c. 11.

76. Así, por ejemplo, Arthur C. DANTO simplemente atribuye a "los defensores tomistas de la ley natural" la creencia de que "no puede haber una ley injusta", en "Human Nature and Natural Law", Sidney Hook (ed.), *Law and Philosophy* (New York, 1964), 187. Para un efecto similar ver H.L.A HART, *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1961), 205 y 206.

cepciones propuestas por los modernos iusfilósofos analíticos. En realidad, él no se detiene demasiado a analizar los modos en los que instancias determinadas de la ley humana pueden desviarse de la “ley” en un sentido socio-teórico “paradigmático” (sentido construido, en parte, sin tomar en consideración instancias concretas aunque desde un punto de visto “interno”, que requiere en sí mismo la aplicación de una inteligencia crítico-práctica⁷⁷) mientras se mantenga el aspecto constitutivo del concepto de ley. En cambio, utiliza el término “ley” de un modo flexible, adecuado para poder tener en cuenta la diferencia entre las exigencias de: a) análisis o argumentaciones legales intrasistémicos (por ejemplo, en el contexto de la abogacía o de la judicatura profesionales); b) lo que pudiéramos llamar teoría social “descriptiva” (por ejemplo “sociología del derecho”); y c) un discurso (“normativo”, “moral”, informador de la consciencia) totalmente crítico.

Que Santo Tomás creía que las leyes podían ser y de hecho, en algunas ocasiones lo eran, injustas, es evidente, tanto por sus múltiples referencias explícitas a leyes injustas, como por la considerable atención que dedicó al problema de la injusticia legal. Una cuestión central en sus reflexiones era precisamente la de si, y, en su caso, cómo y hasta qué punto, las leyes injustas obligan a obedecer a los que les están sometidos⁷⁸. Es claro que Santo Tomás creía que la ley positiva humana crea una obligación moral de obediencia incluso allí donde la conducta que impone (o prohíbe) sea opcional en ausencia de ley (por ejemplo moralmente) desde el punto de vista de la ley natural. Esta creencia crítico-moral en el poder de la ley positiva para crear (o reforzar, allí donde la obligación moral ya existe) obligaciones

77. Cfr. HART, *The Concept of Law*, 59-60, 86-88, 95-96, 113, 197 y 226; Joseph RAZ, *Practical Reason and Norms*, 2ª edición (Princeton: Princeton University Press, 1990), 171, 177; y FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 11-19.

78. Cfr. *Summa Theologiae*, I-II, q. 96, a. 4.

morales, sugiere naturalmente la cuestión de si su poder (y los deberes que su ejercicio genera en los que le están sometidos) es absoluto o puede ser cuestionado. En este último caso ¿bajo qué condiciones lo sería?

Para contestar esta pregunta, es necesario acudir al análisis crítico-moral. ¿Cuál es la fuente originaria del poder? Básicamente se encuentra en la capacidad de la ley para servir a la causa de la justicia y del bien común, por ejemplo, coordinando los comportamientos con el fin de hacer posible que la comunidad en su conjunto actualice los bienes humanos de una manera más completa y justa. Pero, además, desde el punto de vista crítico-moral, las leyes que, por su injusticia, dañan más de lo que sirven, al bien común, carecen de la cualidad central que justifica la ley. El poder que las creó (así como los deberes que pretendan imponer), resulta así debilitado o cuestionado. Las leyes injustas son, dice Santo Tomás, "no tanto leyes, como actos de violencia"⁷⁹. En tanto que violaciones de la justicia y del bien común, carecen de la fuerza moral de la ley; en caso de que obliguen a la conciencia, sólo lo hacen dentro del límite de la obligación de no provocar los resultados perniciosos que pudieran, en determinadas circunstancias, derivarse del desafío a la ley (por ejemplo causando "escándalo o desorden"⁸⁰, al minar el respeto a la ley en un sistema legal básicamente justo, o dejar caer la carga de una ley claramente injusta sobre los hombros de ciudadanos inocentes⁸¹). Es lo mismo que decir que las leyes injustas obligan en conciencia, en el caso de que obliguen, no *per se*, sino sólo *per accidens*. Son leyes, no *simpliciter*, o, podríamos decir, en el

79. Id.

80. Id. Nótese, de todas formas que, de acuerdo con Santo Tomás, nunca se debe obedecer una ley que requiera hacer algo injusto o moralmente incorrecto. Y en ocasiones, la desobediencia es exigible para evitar causar (o contribuir a) "escándalo o desorden". (Para cuestiones relevantes acerca de la traducción del término de Aquino "scandalum vel turbatio", ver FINNIS, *Aquino*, 223, n. 23, 273 n. 112 y 274, n. d.).

81. Cfr. *Summa Theologiae*, II-II, q. 60, a. 5.

sentido “paradigmático”, sino sólo en un sentido derivativo o secundario (*secundum quid*).

Nada en la teoría legal de Santo Tomás sugiere que la injusticia de una ley la convierta en cosa distinta de una ley (o una obligación moral) a efectos de análisis y argumentación intrasistémica. Ciertamente aconseja a los jueces, cuando sea posible, interpretar y aplicar las leyes de modo que se eviten resultados injustos cuando, a su entender, el legislador no previó circunstancias en las cuales una aplicación estricta de la norma por él creada pudiera generar una injusticia y, de haber previsto esas circunstancias, hubiera construido la ley de un modo diferente⁸². Pero incluso en este punto no afirma que la injusticia que resulte de la aplicación estricta de la norma haga nulos los términos de esa norma desde el punto de vista legal.

Tampoco dice, ni se deduce de Santo Tomás, nada que sugiera que entiende el comentario de Agustín de que “una ley injusta parece no ser una ley” como relevante para la investigación socio-teórica (o histórica) acerca de qué es (o ha sido) considerado ley o legalmente obligatorio en el sistema legal de cualquier cultura dada (cualquiera que sea su valoración desde el punto de vista crítico-moral). Así, por ejemplo, aunque H.L.A. Hart se cuenta entre los que malinterpretaron a Santo Tomás y su tradición de ley natural, en este punto precisamente, ningún seguidor de Santo Tomás supondría que la “sociología descriptiva” legal de Hart yerra al tratar como leyes (y sistemas legales) diferentes normas sociales (e instituciones sociales generadoras de normas) que cumplen los criterios o condiciones de la legalidad o de la validez legal del concepto de ley de Hart, a pesar de que su intento socio-teórico (¡razonablemente!) prescinde en gran medida (en realidad, busca prescindir todo lo posible) de una evaluación crítico-moral de las leyes y de los sistemas legales. La crítica que el trabajo de Hart suscita, desde la perspectiva de la

82. Cfr. id.

ley natural, no tiene nada que ver con su tratamiento de las leyes injustas como leyes; más bien radica en que no sigue la lógica de su propio método ni su propuesta de la necesidad de adoptar o reproducir un punto de vista interno; un método que, de ser llevado hasta el final, identificará el paradigma de ley como ley justa (la ley que sirve al bien común) y el paradigma del punto de vista interno (o legal) con el punto de vista de quien entiende la ley y el sistema legal como valiosos (y las normas legales como ordinariamente obligatorias, en consecuencia) porque (o en la medida en que) son justos, y en cuanto que justos sirven al bien común⁸³.

Con estos antecedentes en mente, planteemos directamente la cuestión de si Santo Tomás ("como *todos* los seguidores de la doctrina de la ley-natural") sostiene algún principio que excluya o restrinja el derecho de las personas a resistirse a la tiranía o a los regímenes legales gravemente injustos. A través de sus escritos, Santo Tomás lidia con el problema de la tiranía y, más aún, con la cuestión de la legitimidad del tiranicidio. En sus primeros trabajos, lo mismo que en sus escritos de madurez, defiende la proposición, no sólo de que los actos injustos de los tiranos carecen de autoridad moral, sino de que constituyen una forma de criminalidad que puede justificar la violencia revolucionaria en función del bien común e incluso el tiranicidio como una forma de resistencia y/o castigo del tirano.

Es cierto que una obra, *De Regno ad Regem Cypri*, un tratado teológico del período medio de Santo Tomás, escrito para informar la conciencia de un rey cristiano, sugiere alguna desaprobación al tiranicidio. Se trata de una obra probablemente auténtica, al menos sustancialmente, aunque varios expertos han dudado de su autoría. Comoquiera que sea, incluso Finnis, que trata

83. Esta crítica de Hart (y de Raz) es cuidadosamente desarrollada por FINNIS: cfr. *Natural Law and Natural Rights*, 12-18. Acerca de la malinterpretación de Aquino por parte de Hart en estas cuestiones, cfr. id., cap. XII.

el trabajo como probablemente auténtico, advierte de que no constituye “una fuente completamente fiable ni satisfactoria para conocer la opinión de Santo Tomás”⁸⁴. El aviso parece particularmente adecuado en lo que hace a la cuestión del tiranicidio por la discontinuidad del contenido de *De Regno* tanto con respecto a trabajos anteriores como posteriores de incuestionable autenticidad y gran claridad.

La tiranía, para Santo Tomás, es paradigmáticamente norma (tanto lo sea para uno, varios o muchos) que sirve a los intereses o fines privados de su propio creador o creadores, a expensas del bien común (por ejemplo público)⁸⁵. El tirano, en efecto, utiliza más que sirve, a aquellos sobre los cuales ejerce su poder y por cuyo bien (desde el punto de vista crítico-moral) existe la autoridad pública⁸⁶. Los primeros escritos de Santo Tomás distinguen entre dos tipos de tiranía: a) la de aquellos que abusan de la autoridad que adquirieron y en la que se mantienen legítimamente, y b) la de los que la obtuvieron y se mantienen en ella por usurpación. Sugiere que los tiranos usurpadores (facciones que hacen la guerra contra la comunidad política) pueden ser resistidos legítimamente, e incluso muertos por cualquiera que tenga el poder efectivo de hacerlo⁸⁷. Por el contrario, allí donde el orden legítimo ha degenerado en tiranía, el tirano es titular de algo parecido a lo que llamaríamos “debido proceso legal”. Corresponde a otros cargos públicos, actuando en cuanto tales y no (ordinariamente) a los ciudadanos privados, derrocar esos regímenes y, si

84. FINNIS, *Aquinas*, 288; también 228 y 254 n.d.

85. Cfr. *Summa Theologiae*, II-II, q. 42, 1. 2.

86. Cfr. *Summa Theologiae*, I-II, q. 105, a.1. Nótese la afirmación de Santo Tomás (en a. 5) de que los tiranos “devoran a sus súbditos” y los gobiernan “como si fueran... esclavos”.

87. Cfr. *Scriptum Super Libros Sententiarum Petri Lombardiensis* II, d. 44, q. 2, a. 2.

es necesario, llevarles a juicio y proceder a su castigo (incluyendo, cuando sea conveniente, castigo capital)⁸⁸.

Conviene hacer notar que en sus escritos de madurez, Santo Tomás, como observa Finnis, "parece haber perdido interés en la distinción entre usurpadores y otras clases de tiranos"⁸⁹. En la *Summa Theologiae* trata la tiranía, de cualquier clase que sea, como una forma esencialmente criminal de gobierno (incluso como una forma de sedición) que puede justificar la acción revolucionaria del pueblo y el castigo de los tiranos⁹⁰. (Digo "puede" justificar porque, como siempre en Santo Tomás, un juicio moral final como la justicia del recurso a la fuerza debe tener en cuenta el impacto de previsible efectos colaterales negativos no buscados. Una acción revolucionaria moralmente permisible podría, en un caso particular, ser injusta para terceras personas inocentes que tendrían que cargar, en esas circunstancias, con las consecuencias de los efectos colaterales).

La doctrina de la ley natural de Santo Tomás, por tanto, no suscribe el principio (invocado, según Kelsen, por *todos* los principales representantes de la doctrina de la ley natural) según el cual "no se conceden efectos" a los conflictos entre la ley positiva y la natural "lo cual sería peligroso para la autoridad legal establecida". Aunque Santo Tomás no trata el derecho a la revolución frente a la tiranía como un absoluto, sencillamente no abraza el dogma mencionado por Kelsen de que "bajo la ley de la naturaleza no hay un derecho, o sólo lo hay restringido, a la resistencia". Los tiranos (no menos aquellos que llegan al poder por vías legales y gobiernan proclamando e imponiendo leyes (*lex tyrannica*)⁹¹ no deben buscar en Santo Tomás argumentos mo-

88. Acerca de la distinción entre tiranos usurpadores y gobiernos legítimos que degeneran en tiranía, cfr. FINNIS, *Aquinas*, 289-290 y las fuentes ahí citadas.

89. Id. 290, citando *Summa Theologiae* II-II, q. 42, a.2 y q. 104, a. 6.

90. Cfr. *Summa Theologiae*, II-II, q. 42, a. 2.

91. Cfr. *Summa Theologiae* I-II, q. 92, a. 1.

rales que les protejan frente a la insurrección y al castigo por su mal gobierno. Nada en su pensamiento confunde la ley natural y la positiva de un modo tal que confiera a la ley positiva una conformidad automática a los requerimientos de la ley natural. Por el contrario, de acuerdo con Santo Tomás, la ley positiva de cualquier régimen, y aquellos legisladores que la crean y le dan fuerza, están sometidos al juicio de la ley natural. La ley tiránica es una “perversión” de la ley⁹² y en cuanto que tal, lejos de crear un deber de obediencia, da origen (*prima facie*) a un derecho de resistencia.

CONCLUSIÓN

Hemos ido viendo cómo, a pesar de la generalidad de sus afirmaciones acerca de lo que es la “doctrina de la ley natural” y de lo que han sostenido *todos* sus principales exponentes, la exposición de Kelsen virtualmente no tiene nada que ver con el pensamiento de Santo Tomás. De ahí que la crítica kelseniana de esa doctrina tenga poca o ninguna aplicabilidad a la teoría tomista de la ley natural. Ni la teoría tomista de la individuación de los principios de ley natural, ni su tesis de la relación entre el poder divino y la ley positiva, ni su visión acerca de las implicaciones de ambas en los problemas de injusticia legal y tiranía, se encuentran en la exposición y crítica de Kelsen. Kelsen hizo bien, podríamos concluir, en evitar mencionar a Santo Tomás para hablar de la “doctrina de la ley natural”. Sin embargo hay que decir, para terminar, que llama la atención que el “tribunal de la ciencia” haya dejado sin oír y sin siquiera mencionar el pensamiento de un exponente tan central de la tradición de la ley natural.

92. Cfr. id. *Summa Theologiae* I.II, q. 92, a. 1.